2) Es ist ein Inventarium nach Vorschrift der Novelle 1. errichtet, aber das beneficium separationis ist nicht impetrirt. Ueber diesen Fall s. §. 3 u. 6.

3) Der Erbe hat den Erbschaftsgläubigern gegenüber das beneficium inventarii, aber er hat kein Inventarium nach Vorschrift der Novelle errichtet; auch ist das beneficium separationis nicht impetrirt. S. §. 7.

4) Die Separation ist impetrirt, und zugleich ist ein Inventarium nach Maaßgabe der Novelle 1. errichtet. Hier s. über das Verhältniß der Nichtseparatisten §. 9, und über das Verhältniß der Separatisten §. 3.

5) Die Separation ist impetrirt, und der Erbe hat das beneficium inventarii, aber die Vorschrift der Novelle ist nicht befolgt. Ueber das Verhältniß der Nichtseparatisten s. wieder §. 9, über das Verhältniß der Separatisten dagegen §. 8.

6) Die Separation ist impetrirt; aber der Erbe hat nicht einmal das beneficium inventarii in Beziehung auf die Erbschaftsgläubiger. Hier gilt dasselbe, wie in dem unter 5. angegebenen Fall. S. auch hier §. 8 und §. 9.



XIII.

Ueber das pactum reservati dominii.

Vom Hrn. Dr. Müller, Privatdocenten zu Gießen.

§. 1.

Einleitung.

Obgleich viele Rechtsgelehrte, wie dies die Literatur [1]) über unsern Gegenstand beweist, über das pactum reservati do-

1) Vergl. Glück, Pandecten-Commentar. Bd. XVI. S. 229,

minii abgehandelt haben; so ist doch, glaube ich, die allgemeine Natur dieses Nebenvertrages noch nicht gehörig von jener besonderen richtig unterschieden worden, welche derselbe annimmt, sobald er einem Kaufcontracte hinzugefügt wird; denn nur hierin scheint der Grund zu liegen, warum noch immer über die wesentlichen Merkmale dieses Nebenvertrages gestritten, da und dort ein verschiedener Begriff mit demselben verbunden, bald dieses, bald jenes als Prämisse aufgestellt und jedesmal ein verschiedenes Resultat gewonnen wird. Dies Letztere zeigt sich recht deutlich, wenn man bemerkt, daß dieser Nebenvertrag bald die Perfection des Hauptvertrags, bald nur den Erwerb des Eigenthums der übertragenen Sache, bald nur die Auflösung der Wirkungen jenes geschehenen Erwerbs suspendiren, bald sowohl als eine, der Vollziehung des Vertrags hinzugefügte, Suspensivbedingung als auch als Resolutivbedingung erscheinen soll [2]. Es versteht sich demgemäß von selbst, daß auch die Fragen verschieden beantwortet werden: welche Rechte unterdessen dem Empfänger zustehen? wer das periculum trage? welche Rechte dem Veräußerer zukommen, wenn der Empfänger insolvent wird? u. s. w.

Bei so verschiedenen Ansichten über die Natur eines Vertrags, der sehr oft im Leben vorkömmt, und unleugbar wichtige Folgen haben kann, dürfte wohl eine nähere Untersuchung der Eigenthümlichkeit des pacti reservati dominii, so wie eine Prüfung der darüber bestehenden Ansichten, nicht überflüssig erscheinen. — Dabei entsteht aber die Frage, nach welchen Regeln und Grundsätzen dieser Nebenvertrag beur-

---

und die dort citirten Madihn, Schaumburg, Hert, Günther, Friese, Wahl, Goessel, Hoepfner, Dabelow, Bolley, Hufeland, sodann Gensler im Archiv für civil. Praxis, Bd. II. S. 291 fg., und die dort angeführten Schilter, Leyser u. s. w.

2) Glück a. a. O.

theilt werden soll, wenn besondere Landesgesetze hierüber nichts bestimmen, da bekanntlich das römische Recht diesen Nebenvertrag weder dem Namen nach kennt, noch specielle Gesetze und Bestimmungen für denselben enthält [3]?

Ich glaube, daß man, um einen richtigen Standpunkt zu erhalten, von welchem aus unser Vertrag beurtheilt werden muß, vorerst den Zweck desselben aufzusuchen hat; da sich nur daraus, welche Rechte die paciscirenden Theile im Zweifel durch diesen Nebenvertrag noch insbesondere begründen, modificiren oder aufheben wollen, dessen characteristischen Merkmale entwickeln, sodann der Begriff desselben aufstellen läßt. Die auf diesem Wege aufgefundenen Eigenthümlichkeiten müssen denn, meiner Meinung nach, gemäß der, auf dieselbe anwendbaren, im gemeinen Civilrechte enthaltenen, Grundsätze beurtheilt werden.

§. 2.

Entwickelung des Begriffs und der Natur des Eigenthums-Vorbehaltes im Allgemeinen.

Aus der Ansicht, daß derjenige, welcher sich Rechte vorbehalten will, sich vernünftiger Weise nicht solche vorbehalten wird, welche ihm auch ohne diesen Vorbehalt verbleiben würden, folgt von selbst, daß, wenn man sich sein Eigenthumsrecht reservirt, man dieses nur dort thun werde, wo, ohne Reservirung des Eigenthums, Letzteres bleibend auf einen anderen übergehen würde. Da nun bekanntlich das Eigenthum durch keinen Vertrag an und für sich übergehen kann [4]),

3) Vergl. Gensler a. a. O. Wenigstens können dahin eben so wenig die von diesem Schriftsteller angeführten fr. 20. 21. D. loc. cond. (19. 2) als fr. 20. D. de precae. (43. 26.) und fr. 16. D. de peric. et com. rei condit. (18. 6.), von welchen beiden weiter unten noch insbesondere geredet werden soll, gezählt werden! —

4) Die wenigen Ausnahmen von diesem Grundsatze, welche man

sondern Uebertragung dazu erfordert wird, diese selbst aber unter den gesetzlichen Voraussetzungen geschehen seyn muß; indem sie da, wo noch ein gesetzliches Requisit fehlt, schon an sich nicht die bestimmte Wirkung erzeugt; so läßt sich, nach dem Bisherigen, die Reservirung des Eigenthums nur bei solchen Geschäften denken, welchen zufolge Jemand so eine Sache auf einen Andern wirklich überträgt, daß dieser durch die Uebertragung möglicher Weise Eigenthümer werden kann. Eine Sache nun so übertragen, daß der Empfänger Eigenthümer werden könne, und dennoch sich geradezu vorbehalten, daß das Eigenthum nicht erworben werden solle: dies hieße nichts anders, als: mit der einen Hand Etwas geben, und mit der andern dasselbe wieder nehmen. Daher läßt sich ein solcher Vorbehalt vernünftig nur in der Art denken, daß Jemand außer den vorhandenen gesetzlichen Requisiten, mit welchen zwar an sich schon die Tradition Eigenthumserwerb bewirken könnte, noch das Seyn oder Nichtseyn eines anderen Umstandes erfordert, und hiervon erst die Wirkung der Tradition abhängig macht, d. h. daß Jemand unter einer Bedingung tradirt; sey es nun, daß das Eintreten der Wirkung oder die Auflösung der eingetretenen Wirkung der Uebertragung, also Erwerbung des Eigenthums in Gefolge der Uebertragung oder Verlust des durch Uebertragung erworbenen Eigenthums bis zum Eintritte oder Nichteintritte eines ungewissen künftigen Umstandes aufgeschoben, das Eigenthumsrecht also auf diesen Fall hin vorbehalten wird.

Auf diese Weise läßt es sich allerdings im Allgemeinen rechtfertigen, wenn v. Wening-Ingenheim[5]) sagt: die reservatio dominii sey nichts anderes, als eine Bedin-

gewöhnlich anführt, bezweifle ich, da sie sich schwerlich erweisen lassen. Vergl. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts (3te Aufl.), §. 125. Thibaut, Pandecten-System, §. 592.

5) A. a. O. §. 125. a. E.

gung, die bald als aufschiebende, bald als auflösende erscheinen könnte; und man darf hiernach die Behauptung aufstellen, daß das pactum reservati dominii nach den Grundsätzen über Suspensiv- und Resolutiv-Bedingungen beurtheilt werden müsse. Daraus ergibt sich im Allgemeinen 1) daß dann, wenn unser Nebenvertrag als Suspensivbedingung erscheint, der Tradent noch bis zum Eintritte der Bedingung Eigenthümer bleiben wird [6]; 2) daß aber alsdann, wenn das pactum reservati dominii eine Resolutivbedingung enthält, weiter unterschieden werden muß a) ob der Rückfall, oder b) ob der Rückerwerb des Eigenthums ausbedungen worden? Im ersten Falle erhält der Tradent bei eintretender Bedingung eine dingliche, im zweiten eine persönliche Klage [7], wonach sich die Folgen selbst wieder näher bestimmen lassen. — Ob aber eine Suspensiv- oder eine Resolutiv-Bedingung anzunehmen sey? und ob im letzten Falle Rückfall oder Rückerwerb ausbedungen worden? darüber muß die Natur des Hauptvertrags und die Absicht der Parteien entscheiden.

Dies sind die Grundsätze, glaube ich, welche man im Allgemeinen über die Natur des pacti reservati dominii, ihren Hauptzügen nach, mit Gewißheit aufstellen kann, und welche im gegebenen Falle, bei welchem dies pactum vorkömmt, leiten müssen. —

Da nun gewöhnlich, und wohl der Regel nach, unser pactum beim Kaufcontracte vorkömmt: so will ich es versuchen in gegenwärtiger Abhandlung, durch Anwendung jener allgemeinen Grundsätze, die besondere Natur dieses Nebenvertrags aufzusuchen, welche er annimmt, sobald er einem Kaufcontracte hinzugefügt wird.

---

6) v. Wening-Ingenheim a. a. O.

7) Vergl. Zimmern im Archiv für civ. Prax. Bd. V. Nr. 9. und v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 116. a. E.

§. 3.

Aufstellung des Begriffs des *pacti reservati dominii*, sobald es bei dem Kaufcontracte vorkömmt.

Ueber die Natur unseres Nebenvertrags, sobald er dem Kaufcontracte angehängt ist, sind unsere Juristen sehr verschiedener Ansicht.

1) Ein Theil der Rechtslehrer sagt, es könne das pactum reservati dominii nur als Suspensivbedingung erscheinen. Insofern dies allgemein genommen werden soll, läßt es sich schon nach dem in §. 2. Entwickelten nicht rechtfertigen. Will man aber behaupten, daß das pactum reservati dominii als Suspensivbedingung namentlich beim Kaufcontracte vorkommen, oder doch für dieselbe im Zweifel vermuthet werden müßte, wie dies Gensler [3]) thut; so ist es, meiner Ansicht nach, durchaus falsch. Gensler sagt: das pactum reservati dominii enthalte nichts anderes, als den besondern Nebenvertrag, der Veräußerer wolle sein Eigenthum durch die Uebergabe nicht fortpflanzen, sondern dies zur Sicherheit des Kaufgeldes bis zu dessen Zahlung sich vorbehalten. Dies hieße aber nichts anderes, als, daß es ebenso, wie es dann zu halten wäre, wenn das nicht creditirte Kaufgeld nicht gezahlt würde, auch jetzt gehalten werden sollte, obgleich das Kaufgeld creditirt worden wäre.

---

3) A. a. O. Sieht man ab, von den rechtlichen Gründen, welche im Texte gegen die Gensler'sche Ansicht ausgeführt worden; so wäre auch diese selbst noch gegen den Vortheil des Verkäufers, der doch hauptsächlich durch diesen Nebenvertrag gewahrt werden soll. Denn nimmt man an, daß Verkauf und Tradition bedingt geschehen sey; so wird auch der Verkäufer vor perfectem Verkauf noch periculum tragen. Dies ist aber nicht der Fall, wenn der Nebenvertrag nur eine Resolutivbedingung bildet!

Demnach müsse man immer, wenn sich gleich ein Aufschieben und ein Auflösen des Eigenthums an der verkauften Sache bei unserm pactum denken lasse, doch im Zweifel für das Aufschieben vermuthen. — Allein man bedenke, daß 1) wenn der Verkäufer keinen Credit gibt, schon dem Gesetze nach [9], wie Gensler selbst zugibt, das Eigenthum durch Tradition nicht auf den Käufer übergehen kann; und daß 2) hieraus schon, so wie nach dem im §. 2. Bemerkten hervorgeht, daß ein pactum reservati dominii als ein superfluum erscheinen würde, in dem Falle, in welchem nicht creditirt worden wäre. Daraus ergibt sich 3) daß unser Vertrag vernünftiger Weise nur dort gedacht werden kann, wo in der That dem Verkäufer Credit gegeben wurde, weil in diesem Falle, nach den Gesetzen, bekanntlich Eigenthumsübergang möglich ist. Wollte man nun aber ausbedingen in einem Nebenvertrage: daß, trotz dem gegebenen Credit, das Eigenthum nicht übergehen sollte, bevor der Kaufpreis entrichtet wäre, so erschiene dies 4) nicht nur unrömisch, sondern es läge sogar noch ein Widerspruch in der Sache selbst. Denn entweder gibt man Credit und die Tradition wirkt, oder man erhält baare Zahlung. Gleichbaldige Zahlung und Credit lassen sich neben einander in Ansehung desselben Kaufpreises nicht denken. Gehen wir auf den Begriff vom Creditgeben zurück, so heißt dies doch wohl nur so viel, als: in eine Person das Vertrauen setzen, daß sie uns künftig das bezahlen werde, was sie uns schuldet, und ihr deßhalb Zeit zur schuldigen Zahlung belassen. Der Käufer ist nun aber nach der Natur des Kaufcontractes offenbar nur dann etwas zu zahlen schuldig, wenn wir ihm eine Sache tradirt haben, so, daß er dieselbe behalten könne; denn durch den Kaufcontract an sich verspricht der Verkäufer, gegen ein bestimmtes Kaufpretium so zu tradiren, daß der Käufer die Sache be-

9) §. 41. Inst. de rer. divis. (2. 1.) fr. 19. D. de contr. emt. (18. 1.)

halten könne; der Käufer aber von seiner Seite, gegen eine solche Uebergabe das Kaufpretium zu bezahlen. Nur gegen Leistung des Verkäufers ist der Käufer zur Gegenleistung verpflichtet [10]). Der Verkäufer creditirt also nur, wenn er mit voller Wirkung leistet, und nicht gleichbaldige Gegenleistung fordert. Ein Vertrag, vermöge welchem nun Jemand verspricht, eine Sache so zu übergeben, daß der Empfänger sie behalten (und möglicher Weise Eigenthümer werden) könne, ohne gleichbaldige Zahlung, und die Hinzufügung eines Nebenvertrags, nach welchem man ausbedingt, daß der Verkäufer die übergebene Sache nur erst dann sollte behalten können, wenn er das Kaufpretium bezahlt habe, hieße demnach das Versprechen auf der einen Seite geben, auf der anderen Seite aber wieder zurücknehmen, oder, in unserem Falle: Credit geben und doch nicht creditiren. Somit wäre das pactum reservati dominii, wo nicht eine wahre Thorheit der Paciscenten, doch eine höchst bedeutungslose, so sehr in die Augen springende Ueberflüssigkeit, daß man sich wohl einen solchen Vertrag in der Idee bilden, aber ihn schwerlich in der Wirklichkeit finden kann.

§. 4.

Fortsetzung.

II) Glück [11]) ist ebenfalls der Ansicht, daß bei dem Kaufcontracte das pactum reservati dominii als Suspensivbedingung vorkommen könne, und tadelt nur, daß man das pactum reservati dominii bei dem Verkaufe blos als einen, den Erwerb des Eigenthums an der übertragenen Sache aufschiebenden, Nebenvertrag anerkennen

---

10) Hiermit ist freilich der Fall nicht zu verwechseln, in welchem der Käufer, als berechtigter, Erfüllung vom Käufer verlangt, wovon in fr. 13. §. 8. D. de act. emt. (19. 1.) Fr. 31. §. 8. D. de aed. edict. (21. 1.) die Rede ist!

11) A. a. O.

wolle, indem er ebensowohl als Resolutivbedingung erscheinen könne, da dies blos von der Uebereinkunft der Parteien abhänge. — Allein läßt sich auch die Möglichkeit des Falles nicht leugnen, daß die Parteien eine Suspensivbedingung durch diesen Nebenvertrag verabreden können; so darf dies uns hier, wo es der Construirung eines richtigen Begriffs unsers Vertrags, in Ermangelung eines gesetzlichen, gilt, durchaus nichts kümmern; da ein solcher Nebenvertrag, welcher eine Suspensivbedingung enthält, wie bereits bemerkt wurde, als superfluum erscheint, demnach für die rechtliche Beurtheilung gleichgültig bleibt. Eben daher ist es aber auch einigermaßen auffallend, wenn Glück zur Begründung seiner Ansicht sogar Gesetzstellen anführt. Denn (abgesehen von dem, aus der Natur der Sache, nach §. 3, sich ergebenden Gründen gegen diese Ansicht, daß unser pactum bei dem Kaufcontracte als Suspensivbedingung erscheinen könne) die angeführten Gesetze reden auch nicht einmal entfernt von einem pactum reservati dominii. Die Stellen sind:

Fr. 20. D. de precario. (43. 26.)

„Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emto-
„rem essent, quo ad pretium universum persolve-
„retur; si per emtorem stetit, quominus persolve-
„retur, venditorem posse consequi.“ —

Fr. 16. D. de peric. et com. rei vend. (18. 6.)

„Servi emtor, si eum conductum rogavit, donec
„pretium solveret, nihil per eum servum adquirere
„poterit: quoniam non videtur traditus is, cujus
„possessio per locationem retinetur a venditore.“

In diesen Gesetzstellen wird der Fall vorgetragen, in welchem über eine Sache ein Kaufcontract abgeschlossen, nach dessen Perfection jene selbst aber bis zum Erfolg der Zahlung des Kaufpreises precario modo und resp. miethweise übergeben wurde. Schon daraus erhellt, daß dem Käufer kein Credit gegeben war. Die Uebergabe geschah auch nicht, damit der Empfänger die Sache nun schon sollte behalten können. Dem-

nach konnte der Käufer auf keinen Fall dieselbe erwerben, und eben daher wäre hier ein pactum reservati dominii ein wahres superfluum gewesen. Daß aber auch kein pactum reservati dominii hier abgeschlossen worden, sagen die allegirten Gesetze insofern selbst, als sie nur von dem precarium und der Local. conduct. reden.

§. 5.

Fortsetzung.

III) Wenn nun hiernach unser pactum reservati dominii, sobald es dem Kaufcontracte hinzugefügt wird, nicht unter einer Suspensivbedingung vernünftiger Weise eingezogen werden kann; so muß wohl die Meinung derjenigen Rechtslehrer die richtige seyn, welche darunter den Vertrag verstehen, vermöge welchem die verkaufte Sache auf den Fall, daß der Käufer das Kaufpretium nicht bezahle, wieder in die Hände des Käufers zurückkehren soll.

Da es nun nach diesem Begriffe noch ungewiß ist, 1) wenn diese Bedingung als existent zu betrachten, d. h., wenn es anzunehmen sey, daß der Käufer das Kaufpretium nicht bezahlen werde; ferner 2) beim Eintreten der Resolutivbedingung das Zurückkehren im Allgemeinen in einem Rückfall oder in einem Rechte auf Rückerwerb bestehen kann (§. 2.); so erleidet obige Definition nothwendig noch nähere Limitationen.

A) Was nun den ersten Punct betrifft, nämlich: wann es anzunehmen sey, daß die Resolutivbedingung existent werde? so muß man hier unterscheiden 1) ob eine Zeitbestimmung für die Erfüllung beim pactum reservati dominii als solchem hinzugefügt werden könne? 2) oder ob dies nicht der Fall ist?

a) Was die erste Frage betrifft, so muß diese wohl verneint werden; weil gerade hierdurch unser Nebenvertrag sich von der lex commissoria unterscheidet. Betrachtet

man nämlich alle über die lex commissoria vorhandenen Bestimmungen des römischen Rechtes [12]); so wird man so viel mit Gewißheit daraus ableiten können, daß es ein, dieser lex commissoria eigenthümliches, wesentliches Merkmal ist, daß eine Zeit für die Erfüllung der Verbindlichkeit hinzugefügt wird, also genau bestimmt ist, von wann an der Verpflichtete, aus Mangel der Erfüllung seiner Verbindlichkeit, seiner Ansprüche aus dem Hauptgeschäfte verlustig gehen wird. Der Contrahent verschafft sich nämlich durch Hinzufügung der lex commissoria Sicherheit über das Eintreten der Erfüllung in der bestimmten Zeit. Bei dem pactum reservati dominii dagegen soll nicht zunächst der Contrahent darüber Sicherheit erhalten, wann die Erfüllung, oder daß zu einer bestimmten Zeit die Erfüllung eintritt, vielmehr hat dieser Nebenvertrag hauptsächlich zum Zwecke, den Tradenten zu sichern, daß überhaupt künftig die Gegenleistung eintrete; denn nur auf den Fall, daß die Gegenleistung nicht eintrete, wird das Eigenthum reservirt,

12) Der Kürze wegen will ich hier nur diejenigen Stellen anführen, welche die lex commissoria selbst definiren, nämlich fr. 4. D. de leg. com. (18.3.): „si fundus lege commissoria venierit, *hoc est*, ut, *nisi intra certum diem sit exsolutum*, inemtus fieret,“..... oder aus welchen der Begriff mit Bestimmtheit hervorgeht, z. B. fr. 7. D. eodem: „*post* diem *commissoriae legi praestitutum*, si venditor pretium petat, *legi commissoriae renunciatum* videtur:“..... fr. 6. §. 2. D. eodem: „*post* diem *lege commissoria comprehensum* venditor partem reliquae pecuniae accepit: respondit, si *post statutum diem* reliquae pecuniae, *venditor legem dictum non exercuisset, et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria.* Hier wird überall der dies als etwas Wesentliches betrachtet, wie dies theils daraus hervorgeht, weil man ihn in den Begriff aufnimmt, theils daraus, daß bei Hintansetzung des dies die lex commissoria selbst und ihre Wirkung aufgehoben seyn sollen! Man vergl. noch c. 1. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.)

ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der Erfüllung. Würde demnach einem pactum reservati dominii eine Zeit für die Erfüllung und Gegenleistung hinzugefügt, so müßte es in eine lex commissoria selbst übergehen [13]). Der Käufer würde sofort sein Recht, die Sache ferner zu behalten, bei ausbleibender Erfüllung zur festgesetzten Zeit, verwirken; sey es, daß die Sache ipso jure an den Verkäufer zurückfalle, oder für Jenen die Pflicht zur Uebertragung, für diesen das Recht auf Rückerwerb entstehe.

b) Nach dem Bisherigen beantwortet sich die zweite Frage von selbst. Auch ist durch das Obige der Einwand schon beseitigt, daß die *lex commissoria* ohne Hinzufügung einer Zeitbestimmung ebenfalls eingegangen, und somit, nach meiner Ausführung, consequenter Weise von einem pactum reservati dominii, als einem eigenthümlichen Vertrage, nicht mehr geredet werden könne. Endlich (abgesehen, daß dieser oben berührte Einwand, in Ansehung der *lex commissoria*, nirgends in den Gesetzen Bestätigung findet [14]) müßten wenigstens diejenigen Rechtslehrer sich einer Inconsequenz beschuldigen, welche demnach eine lex commissoria ohne Hinzufügung einer Zeitbestimmung zulassen, dabei aber das pactum reservati dominii noch als eine eigenthümliche Nebenberedung gelten lassen.

Unter Voraussetzung der Richtigkeit der hier vorausgeschickten Sätze, finden wir also gerade hier ein characteristi-

---

13) Vergl. auch noch Malett, ausführl. Lehrbuch des pract. Pandectenrechts, §. 604., der jedoch die wahre Natur der lex commissoria zu verkennen scheint! —

14) Selbst diejenigen Rechtslehrer, welche angeben, daß die Zeitbestimmung bei der lex commissoria außerwesentlich sey, können keine für diese Angabe sprechenden Gesetze, sondern nur anführen, daß noch Andere ihrer Ansicht sind. Damit ist aber noch nichts erwiesen! Vergl. z. B. Thibaut a. a. O. §. 959. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 366.

sches Merkmal unsers Nebenvertrags darin, daß keine Zeitbestimmung für die Gegenleistung dabei vorkömmt. Die Beantwortung der oben unter A) von mir aufgeworfenen Frage läßt sich demnach kurz dahin geben: Da es nämlich so lange ungewiß ist, ob der schuldende Theil seine Verbindlichkeit nicht erfülle, als die Erfüllung selbst noch in dem Vermögen desselben steht; so muß mit dem Augenblicke, wo das Letztere nicht mehr der Fall ist, die Gewißheit eintreten. Dieser Augenblick coincidirt aber mit jenem der Insolvenz; und gerade auf den Fall der Insolvenz will sich der, das Eigenthum reservirende Theil wegen seiner Ansprüche sichern, weil er befürchtet, daß der Käufer dereinst nicht werde bezahlen können.

B) In Ansehung des zweiten Punktes: ob mit der Insolvenz, oder vielmehr mit dem Eintritte der Resolutivbedingung, Rückfall oder Rückerwerb Statt finde? hängt dies vorerst von dem Willen der Parteien ab. (§. 2) Fragt man aber, wofür ein Zweifel beim Kaufcontracte, d. h., wenn unser pactum bei diesem vorkömmt, vermuthet werden müsse; so kann nur für den Rückfall hier präsumirt werden. Denn es liegt schon in der Natur unsers Nebenvertrags, daß der Verkäufer, welcher dem Käufer creditirt, sich doch zugleich wegen des Kaufpreises, wie bereits bemerkt wurde, sicher stellen will. Indem der Verkäufer sich sein Eigenthum vorbehält, spricht er deutlich aus, daß er sein Eigenthumsrecht auf den Fall der Nichtbefriedigung behalten wolle. Erhielt nun der Verkäufer blos ein Recht auf Rückerwerb, und somit eine, nur gegen den Käufer gerichtete, Klage auf Rückübertragung; so würde er auf den Fall der Nichtbefriedigung nicht das Eigenthum, sondern ein Rückforderungsrecht behalten. Es würde ihm in Ermangelung seines dinglichen Rechtes ganz die Sicherheit entgehen; da er, als Verkäufer, sich mit seinem persönlichen Rechte nur an den insolventen Käufer halten könnte, während ihm bei der zu Gebot stehenden dinglichen Klage sein Verkaufsobject nicht entgehen kann.

Insbesondere werden aber auch, abgesehen von dem oben Gesagten, folgende Gründe noch obige Behauptung rechtfertigen. Ging der Verkäufer einen solchen Nebenvertrag mit dem Käufer ein, daß, im Fall er ihn nicht bezahle, ihm (dem Verkäufer) wieder sein Eigenthum dadurch werden solle, daß der Käufer ihm das Verkaufsobject wieder zurückübertrage; so würde der Käufer etwas versprechen, was juristisch unmöglich von ihm erfüllt werden könnte. Da nämlich alsdann, mit der eingetretenen Insolvenz, der Gläubiger nur einen persönlichen Anspruch gegen den Käufer erlangen, und Letzterer vor wie nach Eigenthümer bleiben, die Sache selbst aber als der Concursmasse angehörig betrachtet würde; da ferner mit der Eröffnung des Concurses, und der dadurch erklärten Insolvenz, dem Käufer die Disposition über die Vermögensmasse benommen ist, und die Gläubiger selbst als successores singulares [15], nicht als solche schon die persönlichen Verpflichtungen des Cridars übernehmen, sondern dies von deren Willkühr abhängt; so würde der Vorbehalt des Verkäufers in der genannten Weise in sich selbst zerfallen, wenigstens dem Verkäufer, welcher sich in den Concurs einlassen [16], und sich zu der Klasse der chyrographarischen Gläubiger zählen lassen müßte, ganz und gar nutzlos erscheinen.

Sonach wäre der Begriff unsers Vertrags, sobald er beim Kaufcontracte vorkömmt, dahin näher festzustellen: »es ist derjenige Nebenvertrag, durch welchen der Veräußerer die Dauer der Wirksamkeit seiner Uebertragung vor dem Eintreten der Gegenleistung in der Art abhängig macht, daß mit dem Eintreten der Insolvenz und der dadurch unmöglich gewordenen Gegenleistung von Seiten des Empfängers die Tradition im Zweifel als nicht geschehen betrachtet werden soll.“

15) Gensler, im Archiv für civ. Prax Bd. II. S. 348. Nr. 3. Kori, System des Concursprocesses (2te Aufl.), S. 103. §. 60. S. 80 fg. §. 50.

16) Kori a. a. O.

Thibaut [17]) sagt sehr kurz und bündig: das pactum reservati dominii sey der Resolutivvertrag; wodurch der Rückfall des Eigenthums auf den Fall verabredet wird, daß der Empfänger insolvent werden sollte. Hiermit ist im Gazen nur das oben Ausgesprochene bestätigt, und die, von mir bis hierher versuchte, Begriffsentwickelung durch eine unstreitig gewichtige Autorität unterstützt. — Dennoch scheint mir der von Thibaut gegebene Begriff noch nicht scharf und präcis genug gestellt zu seyn. Denn, wenn dieser Gelehrte sagt, das pactum reservati dominii käme am häufigsten beim Kaufcontracte vor; sey aber auch bei anderen Verträgen denkbar; so darf er den Begriff unsers Vertrags, so wie er, dem Kaufcontracte hinzugefügt, insbesondere erscheint, nicht als allgemein aufstellen und ihn gegen die im §. 2. entwickelten Sätze überhaupt Resolutiv-Vertrag nennen. Ferner könnten die Worte: „auf den Fall, daß der Empfänger insolvent werden sollte“ in dieser unbeschränkten Stellung möglicher Weise mißverstanden werden. Denn der Käufer mag immerhin einmal insolvent werden nach dem Verkauf. Damit ist denn noch nicht gerade zu die Folge verknüpft, daß alsdann jedesmal der Verkäufer sein dingliches Recht an der verkauften Sache erlange; vielmehr entscheidet hier der Zeitpunkt der Insolvenz. Tritt jener nach der geschehenen Gegenleistung ein, so bleibt sie für das pactum reservati dominii natürlich bedeutungslos! —

§. 6.

Folgerungen aus diesem Begriffe.

I) Daraus, daß nach dem oben angegebenen Begriffe unser Vertrag hier, seiner besondern Natur nach, die Wirkungen der geschehenen Tradition resolvirt; dieses aber die Perfection des Hauptvertrages voraussetzt, in Gefolge

17) A. a. O. S. 955.

dessen die Tradition geschah; nach bekannten Rechten aber nach perfectem Kaufcontracte der Käufer das periculum zu übernehmen verpflichtet ist, folgt von selbst

1) wie unrichtig es ist, wenn man allgemein behauptet, das pactum reservati dominii suspendire hier die Perfection des Hauptvertrags, oder die Vollziehung desselben.

2) wie völlig unnütz und grundlos die, wiewohl von Glück [18]) gebilligte, Unterscheidung ist, zwischen der Aufschiebung der Perfection und der Vollziehung des Vertrags, in Ansehung der Frage: wer das periculum trage? Denn die Bedeutung der Perfection eines Vertrags zeigt sich gerade in den Wirkungen desselben. Das Eintreten der Wirkungen ist bedingt, wenn die Perfection bedingt ist, zu welcher sich jene wie zur Ursache verhalten. Ist die Vollziehung des Kaufcontractes noch von Bedingungen abhängig gemacht, so ist dieser selbst noch nicht absolut perfect [19]). —

§. 7.

Fortsetzung.

II) Daraus, daß mit dem Eintreten der Resolutivbedingung nach der Natur unsers Nebenvertrags im Allgemeinen, bald der Rückfall, bald der Rückerwerb des Vertrags-

18) A. a. O.

19) Man vergesse nämlich hier nicht, daß nur von Bedingungen, nicht von einem *dies* die Rede ist. In Ansehung des Letzteren kann allerdings nach bereits eingetretener Perfection des Vertrags, noch die Vollziehung verschoben werden, also die gewiß eintretende Vollziehung später vorgenommen werden. Ist aber die Vollziehung von einer Suspensivbedingung abhängig gemacht; dann ist es noch ungewiß, ob die Vollziehung, und somit die Wirkung des Vertrags, einmal eintreten werde. Soll aber das Begründete bedingt seyn, so muß auch hier der Grund bedingt erscheinen! —

objectes denkbar ist (§. 2.); folgert sich gleichsam von selbst, wie unrichtig die ganz allgemeine Behauptung sey, daß eine Comulirung des pacti reservatae hypothecae mit dem pactum reservati dominii unverträglich, ja selbst jedenfalls ungereimt und widersinnig sey [20]. Denn diese letztere Behauptung beruht blos auf der sehr einseitigen und, wie aus dem Bisherigen hervorgeht, irrigen Ansicht, daß das pactum reservati dominii nur beim Verkauf und ebenso nur unter einer Suspensivbedingung vorkommen könne. Man sagt nämlich, durch den Eigenthums-Vorbehalt sollte gerade das erhalten werden, was sonst durch den Hypotheken-Vorbehalt verloren ginge, indem durch das pactum reserv. dom., des Borgs ungeachtet, dem Verkäufer das Eigenthum bis zur Zahlung des Kaufpreises verbleibe, eine Hypothek aber voraussetze, daß die veräußerte Sache bereits in das Eigenthum des Käufers übergegangen sey, da nur ein Pfandrecht an fremder Sache gedacht werden könne. Allein, wo ist es denn erwiesen, daß durch das pact. reserv. dom. nur der Eigenthumsübergang suspendirt würde? Kann dieser Nebenvertrag nicht auch als Resolutivbedingung erscheinen, und letztere, wenn auch nicht beim Verkauf, doch bei anderen Verträgen auf Rückerwerb gerichtet seyn? Sollte sich denn nicht in dem letztgenannten Falle sehr wohl eine Cumulirung des pacti reservati dominii und reservatae hypothecae denken, und sogar zweckmäßig finden lassen? Es wird freilich, wie sich dies weiter unten noch näher ergeben soll, jedesmal vortheilhafter seyn, wenn der Tradent sich den Rückfall ausbedingt. Nehmen wir aber an, der Rückerwerb wäre aus besondern Gründen von den paciscirenden Theilen ausdrücklich und bestimmt ausbedungen worden, was doch sehr wohl möglich ist; dann erhielte bekanntlich der Tradent nur eine persönliche Klage auf Rückforderung (§. 2. 5.): wäre

20) Vergl. Puchta, Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nicht streitigen bürgerl. Rechtssachen. Thl. II. §. 139.

es denn nicht rathsamer, daß der Tradent sich auch noch das Pfandrecht an der tradirten Sache zur besseren Sicherung vorbehalte? Diese Frage ist um so mehr zu bejahen, als das pact. reserv. dom. ohne Cumulirung des pact. reserv. hypoth. im genannten Falle wohl schwerlich um Einiges der Sicherheit näher bringen würde. Daß nun beim Kaufcontracte diese Cumulirung beider Nebenverträge nicht wohl vorkommen wird, liegt nicht in den anderseits erwähnten Gründen, sondern in der eigenthümlichen Natur, den unser Vertrag hier nennt. —

§. 8.

Von den Wirkungen des *pacti reservati dominii*, wenn es dem Kaufcontracte hinzugefügt wird.

Nach dem bis hieher Entwickelten lassen sich nun die Wirkungen unsers Vertrags sehr wohl angeben. Die Hauptsache ist nur, daß man richtig die möglichen Wirkungen unterscheide, je nach den hier denkbaren einzelnen Hauptfällen. Es ist nämlich möglich:

I) der Käufer bezahlt, und zwar ganz oder theilweise;

II) der Käufer wird insolvent. In diesem Falle muß man das Verhältniß des Verkäufers betrachten

1) zu der Concursmasse

2) zu Dritten, etwa in Ansehung des Kaufgeldes dinglich Berechtigten. —

§. 9.

I) Der Käufer bezahlt.

Wenn es erwiesen ist, daß unser Vertrag hier nur als ein Resolutivvertrag erscheint, ein solcher aber nur die Auflösung eines Geschäftes suspendirt; so folgt hieraus, daß der Käufer sogleich (vorausgesetzt, daß sein autor dominus und sonst kein Hinderniß im Wege war) Eigenthümer der tradirten Sache werden, und als solcher im Zweifel über die Sache schalten und walten konnte. Dadurch, daß nun die Zahlung

später wirklich erfolgte, erhielt der Käufer ein unwiderrufliches Eigenthum, und der hinzugefügte Resolutivvertrag verlor seine Bedeutung. Dies ist gewiß unbestritten, wenn der Käufer das ganze pretium bezahlt hat.

Eine andere Frage könnte man hier aber noch aufwerfen, nämlich die: wie sich die Sache alsdann gestalte, wenn der Käufer, nachdem er bereits einen Theil des Kaufpreises bezahlt hat, insolvent wird? Hier, glaube ich, muß man in Uebereinstimmung mit den oben aufgestellten Grundsätzen (§. 5.) von folgenden Gesichtspunkten ausgehen:

1) entweder war unserm pactum eine Zeit für die Erfüllung hinzugefügt, so daß es in eine lex commissoria übergeht;

alsdann treten auch die darüber geltenden Bestimmungen ein, d. h., der Käufer wird die Sache mit allen Accessionen und gezogenen Früchten restituiren, der Verkäufer dagegen den bereits voraus erhaltenen Theil des Kaufpreises dem Käufer zurückgeben müssen, wenn nicht das Gegentheil besonders verabredet worden ist [21]).

2) oder es war keine Zeit für die Erfüllung der Gegenleistung bestimmt; also ein pact. reserv. dom. im eigentlichen Sinne vorhanden.

Alsdann wird durch die theilweise Zahlung unmöglich das pact. reserv. dom. aufgehoben; denn bekanntlich ist die Bedingung nur dann als erfüllt zu betrachten, wenn alles geschehen, was zu deren vollständigen Erfüllung gehört. Nur durch vollständige Zahlung ist aber hier erst die Bedingung erfüllt, unter welcher allein der Käufer das Verkaufsobject bleibend sollte behalten können. Demnach wird also bei blos theilweiser Nichtbefriedigung, theilweiser Nichterfül-

21) Dies, und nicht mehr, sagen doch wohl die hierher gehörigen Gesetze: fr. 4. pr. §. 1. fr. 5. 6. pr. §. 1. D. de leg. commiss. (18. 3.) Vergl. noch Glück a. a. O. Bd. XVI. S. 287 fg. Thibaut a. a. O. §. 959.

lung, wegen eingetretener Insolvenz, dennoch die Resolution eintreten können, während indessen dem Käufer das bereits Bezahlte zurückgegeben werden muß, falls eine diesfallsige Verabredung nicht ein Anderes bestimmte.

§. 10.

II) Der Käufer bezahlt gar nicht, und die Resolutivbedingung geht in Wirksamkeit.

A) Verhältniß des Verkäufers zur Concursmasse.

Ist Insolvenz des Käufers eingetreten, und somit gewiß geworden, daß die Zahlung des Kaufpreises nunmehr nicht von demselben erfolgt (§. 5.); so existirt die Resolutivbedingung und das pactum reservati dominii tritt in Wirksamkeit. Diese besteht, indem sie auf Rückfall gerichtet ist, darin, daß der Verkäufer mit dem Augenblicke der Insolvenzerklärung des Käufers wieder sein Eigenthum an der verkauften Sache ipso jure erlangt. Davon ist die Folge, daß, wenn mit der Concurseröffnung in Ansehung der Vermögensmasse des Käufers andere Gläubiger desselben sich in den Concurs einlassen müssen, der Verkäufer mit der Eigenthumsklage die Sache zurückfordern, als Vindicant, oder, wie man auch sagt, als Separatist ex jure dominii auftreten kann [22], indem das früher verkaufte Object nicht mehr zur Concursmasse gehört, und er aus dieser somit nichts verlangt [23].

In dem oben Ausgesprochenen liegt auch zugleich die Widerlegung der Ansicht Glücks [24], daß es nämlich, da der Verkäufer sich das Eigenthum der Sache, oder den Rückfall desselben, blos zur Sicherheit des Kaufgeldes vorbehalten habe,

---

22) Vergl. Linde, Lehrb. des deutsch gem. Civilproc. (3. Aufl.) §. 487. Thibaut a. a. O. §. 1221. Kori, System des Concurs-Proc. (2te Aufl.) S. 142, und Note 468. daselbst.

23) Schweppe, das System des Concurses der Gläubiger (2te Aufl.), §. 44. 45.

24) A. a. O.

den Gläubigern oder dem Curator des Concurses frei stehe, durch Bezahlung des Kaufgeldes jener Vindication zu entgehen, und die Sache für die Masse zu erhalten. Denn schon früher wurde bemerkt, daß nach der Natur unsers Vertrags hier alles auf den Augenblick der Insolvenz ankomme, und mit diesem, da es nun außer dem Vermögen des Käufers liegt, sein Versprechen zu erfüllen, die auf den Rückfall gerichtete Resolutivbedingung sogleich alle Rechte des Käufers an dem Verkaufsobjecte auflösen, so, daß die Sache so gut, als nicht verkauft, zu betrachten sey. Hatte aber demnach der Käufer selbst nicht mehr das Recht darauf, durch Nachzahlung des Kaufpreises die Sache vom Verkäufer in Anspruch zu nehmen, so können dies noch weniger, oder doch eben so wenig, die Concursgläubiger. — Der Satz, daß der Verkäufer sich nur bei dem pactum reservati dominii wegen des Kaufgeldes sicher stellen wollte, würde, so richtig er sonst ist, so einseitig und ohne Rücksicht auf den Zeitpunct der eintretenden Resolution d. h. der Insolvenz angewandt, auch zu viel beweisen. Die wesentlichen Merkmale unsers Vertrags müssen sämmtlich berücksichtigt werden, bei Beurtheilung der Wirkungen, welche er äußern soll. Wesentlich ist nun aber gerade auch der Umstand, daß alles von der eintretenden Insolvenz abhängt. Sonst könnte man wohl ebenso mit Glück noch weiter folgern, daß auch der Verkäufer noch angehalten werden könne, zu warten, bis er vom Curator oder Gläubigern der Masse befriedigt werde. Da nun Glück bei Gelegenheit seiner Deduction selbst einmal ausspricht, daß der Zeitpunct der Insolvenz mit der des Rückfalls zusammentreffe, daher auch zugibt, daß der Verkäufer das Recht habe, als Vindicant aufzutreten; so räumt er auch implicite, aber im Widerspruche mit sich selbst, meine obige Behauptung ein. Denn mit dem absoluten Vindicationsrechte ist jenes oben berührte Recht der Concursgläubiger unverträglich! — Dies bestätigt auch noch der oben genannte Zweck unsers Nebenvertrags selbst. Die Absicht des Verkäufers ging im Zweifel

nur darauf, dem Käufer zu creditiren, und im Falle, daß dieser nicht bezahlen könne, sich sein Eigenthum zu reserviren. Nur durch den Rückfall unter jenen determinirten Umständen ist der Verkäufer als wahrhaft gesichert zu betrachten.

§. 11.

B) Verhältniß des Verkäufers zu Dritten etwa in Ansehung des Kaufobjects dinglich Berechtigten.

Sieht man ab von dem Verhältnisse des Veräußerers zur Concursmasse, so läßt es sich noch denken, daß der insolvente Käufer früher, in seiner Qualität als Eigenthümer, Dritten dingliche Rechte an dem Verkaufsobjecte verliehen hat. Hier fragt es sich, inwiefern der Verkäufer solche Rechte noch nach dem Rückfall anzuerkennen verpflichtet ist? oder mit andern Worten, ob diese bestellten dinglichen Rechte nach eingetretener Resolutivbedingung noch fortbestehen?

Geht man hier von dem Gesichtspuncte aus, daß Niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat [25], daß demnach derjenige, welcher selbst nur ein der Dauer nach beschränktes Recht an einer Sache hat, in Ansehung dieser auch nur ein höchstens auf dieselbe Dauer beschränktes Recht übertragen kann; weiß man ferner, daß, wenn der Eigenthümer sein Recht verliert, und dies aus einem schon vor der Ertheilung vorhandenen Grunde in der Art geschieht, daß der, zu dessen Vortheil das Eigenthum aufhört, ein dingliches Recht sogleich mit dem Augenblicke des Aufhörens erwirbt, und nicht der bisherige Eigenthümer blos zur Aufgebung seines Rechtes obligirt ist, alsdann auch das ertheilte Recht nach dem Grundsatze verloren geht: resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis [26]; so müssen auch die, vom insolventen Veräußerer Dritten an dem Verkaufsobjecte verliehenen dinglichen Rechte erlöschen.

25) Fr. 54. 160 §. 2. Fr. 175. §. 1. D. de R. I. (50. 17.)

26) Die Richtigkeit dieser Sätze hat besonders und gründlich nachgewiesen, Fritz im Arch. für civ. Pr. Bd. VIII. S. 286.